



Procedimiento N°: A/00427/2016

RESOLUCIÓN: R/00499/2017

En el procedimiento A/00427/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **EXTREMA MULTIMEDIA S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 18 de mayo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Canceló su cuenta en la página web mytelecom.com pero continúa recibiendo la en su cuenta **B.B.B.** con origen en la dirección@mytelecom.es.
2. Los correos electrónicos que recibe no disponen de un medio para solicitar la baja.
3. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas del último correo recibido.
- b) Solicitud de baja enviada sin respuesta a la misma.

SEGUNDO: En fase de actuaciones previas se tiene conocimiento de los siguientes hechos:

1. El denunciante recibe en su cuenta de correo **B.B.B.** 2 correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.

Número	Cuenta origen	Fecha
1	@mytelecom.es	13/9/2015
2	@mytelecom.es	17/5/2016

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos ofertados en mytelecom.es.

2. El denunciante aporta copia de un correo electrónico de fecha 13 de septiembre de 2015 remitido desde su cuenta **B.B.B.** a la direccións@mytelecom.es informando de que se ha dado de baja del servicio y no quiere recibir más publicidad. No consta la respuesta a dicha solicitud.
3. Los correos electrónicos no disponen de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el consentimiento que prestado previamente para el envío de los mensajes.

4. El dominio mytelecom.es está registrado a nombre de Marosc-Infort, S.L.

En la página www.mytelecom.es se identifica a **EXTREMA MULTIMEDIA S.L.** (en lo sucesivo el denunciado) como responsable del mismo. Dicha página dispone de un formulario de registro de usuarios que requiere que se facilite la dirección de correo electrónico y una contraseña, además de aceptar las condiciones legales de uso del servicio.

5. La dirección IP que identifica el ordenador origen de los correos denunciados consta asignada a una empresa norteamericana.
6. Se ha requerido información y documentación al denunciado mediante escrito remitido por correo postal con fcha de salida 7 de julio de 2016, entregado a su destinatario el día 13 de julio de 2016, según el servicio de correos, sin que se haya obtenido respuesta.

Con fecha 4 de octubre de 2016 se ha reiterado el requerimiento de información.

Con fecha 5 de octubre de 2016 se ha mantenido una conversación telefónica con una empleada del denunciado quien ha solicitado que se le remita mediante correo electrónico a la dirección ...@mytelecom.es copia del requerimiento remitido por vía postal. En esa misma fecha se remitió a la dirección electrónica indicada, copia del requerimiento de información, cuya recepción ha sido confirmada el mismo día mediante correo electrónico.

Con fecha 24 de octubre de 2016 tiene entrada en esta Agencia escrito del denunciado en el que ponen de manifiesto lo siguiente:

- Todo cliente que desea recibir la NEW u ofertas debe dar su consentimiento introduciendo su e-mail y aceptando las condiciones generales.
- El denunciante es cliente registrado de la web www.mytelecom.es. Aporta copia impresa de los datos que constan registrados en el fichero de cliente. Consta que el cliente realizó una compra el día 17 de agosto de 2015.
- Manifiestan que el cliente solicitó telefónicamente la baja del servicio el día 19/5/2016 y desde entonces no se le ha remitido información comercial.

TERCERO: Con fecha 14 de noviembre de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00427/2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 bis, apartado 2, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), por presunta infracción de su artículo 21.2, tipificada como leve en el artículo 38.4.d). Dicho acuerdo fue notificado al denunciado el 15 y el 18 de noviembre de 2016, sin que se haya recibido escrito de alegación alguno.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 18 de mayo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, escrito del denunciante, comunicando que canceló su cuenta en la página web mytelecom.com pero continúa recibiendo la en su cuenta **B.B.B.** con origen en la dirección@mytelecom.es. Los correos electrónicos que recibe no disponen de un medio para

solicitar la baja. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.

La denuncia aporta copia de los correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas del último correo recibido y de la solicitud de baja enviada sin respuesta a la misma (folios 1 a 14).

SEGUNDO: El denunciante recibe en su cuenta de correo **B.B.B.** 2 correos electrónicos cuyas características se listan a continuación:

Número	Cuenta origen	Fecha
1	@mytelecom.es	17/5/2016

El correo electrónico contiene información comercial referente a productos ofertados en mytelecom.es.

El denunciante aporta copia de un correo electrónico de fecha 13 de septiembre de 2015 remitido desde su cuenta **B.B.B.** a la direccións@mytelecom.es informando de que se ha dado de baja del servicio y no quiere recibir más publicidad. No consta la respuesta a dicha solicitud.

Los correos electrónicos no disponen de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales o revocar el consentimiento que prestado previamente para el envío de los mensajes (folios 3 a 8).

TERCERO: El dominio mytelecom.es está registrado a nombre de Marosc-Infort, S.L.

En la página www.mytelecom.es se identifica al denunciado como responsable del mismo. Dicha página dispone de un formulario de registro de usuarios que requiere que se facilite la dirección de correo electrónico y una contraseña, además de aceptar las condiciones legales de uso del servicio (folios 45 a 65).

CUARTO: Con fecha 24 de octubre de 2016 tiene entrada en esta Agencia escrito del denunciado en el que ponen de manifiesto lo siguiente:

- Todo cliente que desea recibir la NEW u ofertas debe dar su consentimiento introduciendo su e-mail y aceptando las condiciones generales.
- El denunciante es cliente registrado de la web www.mytelecom.es. Aporta copia impresa de los datos que constan registrados en el fichero de cliente. Consta que el cliente realizó una compra el día 17 de agosto de 2015.
- Manifiestan que el cliente solicitó telefónicamente la baja del servicio el día 19/5/2016 y desde entonces no se le ha remitido información comercial (folios 80 a 83).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI, en la redacción conferida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*, otorgando, por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos, la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

Los hechos expuestos suponen la comisión, por parte del denunciado de una infracción del artículo 21.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), que dispone:

Art. 21

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho. quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

La citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal *“El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.”*

III

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe “*Moderación de las sanciones*”, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la “*Graduación de la cuantía de las sanciones*”, determina lo siguiente:

La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) La existencia de intencionalidad.

b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

Por otra parte, el denunciado no ha comunicado a esta Agencia la adopción de ninguna medida correctora, por lo que procede requerir al mismo para que adopte las que impidan que siga produciéndose una infracción de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00427/2016) a la entidad **EXTREMA MULTIMEDIA S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.2, tipificada como leve en el artículo 38.4.d).

2. REQUERIR a la entidad **EXTREMA MULTIMEDIA S.L.** de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2, para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1 CUMPLA lo previsto en el artículo 21.2 de la LSSI, que establece:

“...En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho. quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

2.2 INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos u otros medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **EXTREMA MULTIMEDIA S.L.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos